

Gustavo Binenbojm  
André Cyrino  
Alice Voronoff  
Rafael L. F. Koatz

# DIREITO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

## Teoria e prática

Belo Horizonte

**FORUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

2020

© 2020 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

## Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Florianio de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Carmen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto ( <i>in memoriam</i> )	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

**FÓRUM**

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail [editorial@editoraforum.com.br](mailto:editorial@editoraforum.com.br) para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

1170021

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D598	Direito da regulação econômica: teoria e prática / Gustavo Binenbojm, André Cyrino, Alice Voronoff, Rafael L. F. Koatz. – Belo Horizonte : Fórum, 2020. 400p.; 17 cm x 24 cm  ISBN: 978-85-450-0744-9  1. Direito Administrativo. 2. Direito Regulatório. I. Binenbojm, Gustavo. II. Cyrino, André. III. Voronoff, Alice. IV. Koatz, Rafael L. F. V. Título.  CDD: 341.3 CDU: 342.9
------	---

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 400p. ISBN 978-85-450-0744-9.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	15
-------------------	----

## PARTE I CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

### CAPÍTULO 1

EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO COMO CLÁUSULA NÃO OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ESTUDO DE CASO: CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO.....	19
1.1 Introdução.....	19
1.2 Aplicação da exceção do contrato não cumprido no Direito Administrativo brasileiro. Premissas teóricas e normativas para a compreensão do tema .....	21
1.2.1 Quanto à indisponibilidade do interesse público .....	22
1.2.2 Quanto ao princípio da continuidade do serviço público .....	24
1.2.3 Quanto ao princípio da legalidade.....	25
1.2.4 Em conclusão: não há uma regra geral de inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos .....	29
1.3 O contrato de arrendamento portuário celebrado entre as partes e sua natureza híbrida .....	30
1.4 Legitimidade da oposição da exceção do contrato não cumprido na hipótese sob exame.....	33
1.4.1 As Leis nº 8.630/93, nº 8.987/95 e nº 8.666/93 não disciplinam a aplicação da exceção do contrato não cumprido à hipótese objeto do parecer, nem contêm dispositivos que a vedem .....	33
1.4.2 As cláusulas do Contrato de Arrendamento disciplinam a hipótese de fato da Administração e autorizam a aplicação supletiva da teoria geral dos contratos – o que respalda a invocação da exceção do contrato não cumprido .....	35
1.5 Conclusão.....	38

### CAPÍTULO 2

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO, MATRIZ DE RISCOS E O USO DA TAXA INTERNA DE RETORNO (TIR) COMO CRITÉRIO FUNDAMENTAL PARA RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO FINANCEIRA EM CONTRATO DE CONCESSÃO .....	41
2.1 Introdução.....	41
2.2 Contratos de concessão e seu equilíbrio econômico-financeiro. Vinculação permanente e a definição da matriz de risco .....	44
2.3 O necessário respeito às premissas financeiras do plano de negócios e o momento correto do implemento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.....	49

2.3.1	A TIR estipulada no Plano de Negócios incorpora a única fórmula capaz de reequilibrar efetiva e integralmente a equação financeira do Contrato de Concessão.....	49
2.3.2	O marco temporal para o cálculo do reequilíbrio: aplicação da TIR do projeto até o momento do efetivo aporte financeiro, devidamente atualizado. As três etapas de consolidação da recomposição da equação financeira.....	52
2.4	Conclusão.....	55

### CAPÍTULO 3

DIFERENÇAS ENTRE PRORROGAÇÃO E EXTENSÃO DO CONTRATO. DILAÇÃO DO PRAZO DE CONTRATO DE CONCESSÃO COMO FORMA DE RECOMPOSIÇÃO DO SEU EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....		59
3.1	Introdução.....	59
3.2	Os contratos de concessão de serviços públicos e sua incompletude inerente: manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e mecanismos de recomposição	60
3.3	Dilação do prazo contratual e viabilização de novos investimentos. Mecanismo legítimo para assegurar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro .....	62
3.4	Inaplicabilidade à hipótese do precedente firmado pelo STJ no âmbito do Recurso Especial nº 1.549.406.....	66
3.5	Conclusão.....	68

### CAPÍTULO 4

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DESEMPENHO COM REMUNERAÇÃO VARIÁVEL E CONDICIONADA AO ÊXITO: POSSIBILIDADES E LIMITES À LUZ DA LEI Nº 8.666/1993 .....		71
4.1	Introdução.....	71
4.2	Compatibilidade da remuneração variável com os dispositivos da Lei nº 8.666/1993.....	73
4.3	Cautelas necessárias para adoção da modelagem de contratos de desempenho ...	76
4.4	Conclusão.....	80

## PARTE II

### REGULAÇÃO ECONÔMICA E SUA DISCIPLINA JURÍDICA

### CAPÍTULO 5

REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PROFISSIONAIS. LIMITES AO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIAS NORMATIVAS. O CASO DO CONSELHO PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA .....		85
5.1	Introdução.....	85
5.2	O problema na origem. Limites ao poder normativo do Conselho Regional de Educação Física. Ausência de competência para disciplinar o objeto da resolução nº 106/2019 do CREF1 .....	87
5.2.1	Uma questão preliminar: o regime jurídico dos Conselhos Profissionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	87

5.2.2	Os limites ao poder normativo dos Conselhos de Educação Física. Extrapolação do seu poder regulamentar.....	90
5.3	Ilegitimidade da Resolução nº 106/2019 do CREF1 .....	96
5.3.1	Violação ao devido processo regulatório .....	96
5.3.2	Violação à isonomia e à razoabilidade. Necessário tratamento uniforme da questão no território nacional.....	100
5.3.3	Desproporcionalidade das imposições. Violação ao livre exercício da profissão e às liberdades econômicas .....	103
5.4	Conclusão.....	107

## CAPÍTULO 6

### ASSIMETRIA REGULATÓRIA NO SETOR DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS: A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI Nº 12.996/2014.....

6.1	Introdução.....	109
6.2	A intervenção estatal no domínio econômico e a possibilidade de prestação dos serviços elencados no art. 21, XII, da Constituição em regime de autorização. O modelo de assimetria regulatória.....	111
6.3	A prestação do serviço de transporte coletivo interestadual e internacional sob o regime de autorização. Constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014 .....	117
6.4	Conclusão.....	122

## CAPÍTULO 7

### REGULAÇÃO DA CVM E LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA NO MERCADO DE CAPITAIS. INSTRUÇÃO CVM Nº 598/2018: ABRANGÊNCIA E BALIZAS PARA A DELEGAÇÃO DE PODER DE POLÍCIA A PARTICULARES .....

7.1	Introdução.....	125
7.2	O caráter disruptivo da atividade de jornalismo especializado no mercado financeiro .....	129
7.3	O regime jurídico-constitucional da atividade jornalística e os limites à atividade regulatória da CVM.....	134
7.4	Ilícitude da delegação de funções regulatórias pela CVM à associação privada credenciadora .....	139
7.5	Conclusão.....	143

## CAPÍTULO 8

### O MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E DESAFIOS REGULATÓRIOS. ANÁLISE JURÍDICA DO MODELO DE FISCALIZAÇÃO E SANÇÃO ADOTADO PELA ANS: PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E O USO DE MEIOS ALTERNATIVOS.....

8.1	Introdução.....	147
8.2	O mercado de saúde suplementar no Brasil. Surgimento, evolução e regulação. Falhas de mercado e falhas de regulação.....	149
8.2.1	Breve contextualização histórica .....	149

8.2.2	O advento da Constituição de 1988 e o início da construção de um marco regulatório .....	151
8.2.3	A definição do marco regulatório do setor da assistência privada à saúde. Criação da ANS, falhas de mercado e delimitação dos objetivos regulatórios a serem perseguidos.....	152
8.2.4	Avanços, disfunções e falhas de regulação .....	157
8.3	O modelo fiscalizatório e sancionatório adotado pela ANS.....	160
8.3.1	A Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) como procedimento pré-processual voltado à solução de conflitos.....	160
8.3.2	A fase de classificação residual das demandas e a instauração de processos administrativos sancionadores pela ANS a partir das NIPs não resolvidas.....	162
8.3.3	A utilização das NIPs para o cálculo do indicador de fiscalização e o regime de Intervenção Fiscalizatória .....	163
8.3.4	A utilização da NIP como indicador do acesso dos beneficiários aos serviços e procedimentos de cobertura assegurados pela legislação e as medidas previstas na RN nº 259/2011 e na IN DIPRO nº 48/2015 .....	166
8.3.5	Exame da juridicidade do modelo fiscalizatório e sancionatório adotado pela ANS.....	168
8.3.5.1	Violação ao <i>non bis in idem</i> .....	169
8.3.5.2	Violação aos princípios da proporcionalidade (na dimensão da adequação), do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da culpabilidade e da presunção de inocência.....	171
8.3.5.3	Violação ao princípio da proporcionalidade, sob as dimensões de proibição de excesso e de desproporção entre a conduta reprovável e a sanção imposta .....	175
8.3.6	Propostas alternativas ao ciclo punitivo.....	178
8.3.6.1	Ampliação do uso de normas indutoras, que gerem incentivos positivos aos agentes econômicos .....	179
8.3.6.2	Ampliação do uso de Termos de Compromisso de Ajustamento de Condutas (TCAC) para a formalização de acordos substitutivos ou integrativos de sanções .....	180
8.4	Resposta às questões formuladas.....	183

## CAPÍTULO 9

### FALHAS DE REGULAÇÃO NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR.

#### O CARÁTER TAXATIVO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM

#### SAÚDE DEFINIDO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR 191

9.1	Introdução.....	191
9.2	Competência da ANS para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde: equilíbrio, sustentabilidade e operacionalidade do setor de saúde suplementar...	193
9.2.1	O contexto de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e seus objetivos institucionais.....	193
9.2.2	A competência atribuída à ANS para fixar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: previsão que se insere no contexto de equilíbrio esperado para o setor de saúde suplementar .....	196
9.3	Taxatividade do rol de procedimentos e eventos em saúde e os efeitos antijurídicos de uma leitura que lhe confira caráter meramente exemplificativo ..	202

9.3.1	O equilíbrio do sistema de saúde suplementar à luz da lógica securitária dos contratos de planos de saúde: previsibilidade nas prestações contratuais e incompatibilidade com a lista aberta de procedimentos .....	202
9.3.2	Riscos ao setor de seguros em decorrência da leitura ampliativa do rol de procedimentos: externalidades negativas ao consumidor, à concorrência e ao sistema de saúde pública (SUS) .....	205
9.3.3	A leitura ampliativa do dispositivo e o consequente esvaziamento da competência da ANS: dever de deferência às capacidades institucionais da agência reguladora .....	210
9.4	Respostas às questões jurídicas objeto do estudo .....	213

### PARTE III

#### DIREITO DAS EMPRESAS ESTATAIS

#### CAPÍTULO 10

##### REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO

ESTRITO .....	217
10.1 Introdução .....	217
10.2 A compreensão sobre o regime jurídico híbrido das estatais .....	220
10.2.1 A natureza privada dos contratos celebrados pela estatal contratante. Entidade exploradora de atividade econômica em sentido estrito, sob o regime concorrencial. Limites e possibilidades do exercício de prerrogativas contratuais .....	220
10.2.2 Observância pelas estatais dos princípios da Administração Pública (art. 173, §1º, III, da CRFB). Sentido e alcance da disposição constitucional .....	223
10.3 As cláusulas de definição do objeto e de custos incorridos no contrato. A matriz de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro da parceria e dos contratos conexos .....	226
10.3.1 As cláusulas de definição do objeto do contrato .....	226
10.3.2 As cláusulas de definição de indenizações em caso de extinção antecipada da relação contratual .....	227
10.3.3 Unidade econômica da parceria e dos contratos conexos. Intangibilidade da equação econômico-financeira desses ajustes .....	229
10.4 Respostas aos quesitos .....	234

#### CAPÍTULO 11

##### REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. SUJEIÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO PRIVADO. APLICAÇÃO A ELAS E AOS SEUS ADMINISTRADORES DOS MESMOS DEVERES DE DILIGÊNCIA IMPOSTOS PELA LEI DAS S.A. ÀS SOCIEDADES POR AÇÕES .....

11.1 Introdução .....	237
11.2 As questões societárias e a responsabilidade da União, como acionista controladora da Consulente, e dos administradores, por prejuízos causados à companhia .....	241
11.2.1 O regime jurídico híbrido das sociedades de economia mista .....	241

11.2.2	Os limites do poder de controle da União na Consulente e os deveres a que sujeitos os administradores da companhia.....	244
11.3	A impositiva dissolução das controladas. Hipótese de redução da discricionariedade administrativa a zero.....	248
11.4	Desnecessidade de lei específica para a extinção das controladas.....	253
11.5	O regime de dissolução: a Lei nº 8.029/1990 como estatuto geral e as suas implicações processuais.....	256
11.5.1	A Lei nº 8.029/1990 é o estatuto geral das dissoluções societárias no processo de desestatização.....	256
11.5.2	O rito da Lei nº 8.029/1990 .....	258
11.6	Respostas aos quesitos .....	259

## CAPÍTULO 12

CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL (D&O) EM BENEFÍCIO DE GESTORES DE EMPRESAS ESTATAIS.....		263
12.1	Introdução.....	263
12.2	Responsabilidade dos administradores e mecanismos de promoção da gestão eficiente nas empresas: a assistência jurídica direta e o seguro D&O. Especificidades aplicáveis às empresas estatais à luz da jurisprudência do TCU ..	266
12.2.1	Responsabilidade dos administradores e mecanismos de promoção da gestão eficiente nas empresas: uma lógica de incentivos.....	266
12.2.2	A regulamentação do seguro D&O no Brasil .....	269
12.2.3	A jurisprudência do TCU. A contratação de seguro D&O e o custeio da defesa de administradores por empresas estatais.....	272
12.3	Respostas aos quesitos.....	277

## CAPÍTULO 13

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. JURIDICIDADE DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS NO MERCADO DE CAPITAIS.....		293
13.1	Introdução.....	293
13.2	A Constituição brasileira e o papel do Estado na economia .....	295
13.3	O BNDES e sua subsidiária integral, a BNDESPAR: objetivos regulatórios, formas de atuação e a lógica inerente às diferentes formas de fomento da atividade econômica.....	299
13.3.1	Contratos de empréstimo.....	302
13.3.2	Operações em renda variável.....	303
13.4	O controle da atuação da BNDESPAR: contornos e limites .....	307
13.5	Respostas aos quesitos.....	311

## PARTE IV COMENTÁRIOS A ASPECTOS DA LINDB E DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

## CAPÍTULO 14

O ART. 28 DA LINDB: A CLÁUSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO ....	315
--	-----



14.1	Introdução.....	315
14.2	Exegese e aplicações imediatas do art. 28.....	317
14.3	Algumas falácias sobre o art. 28 da LINDB.....	324
14.4	Conclusão.....	328

## CAPÍTULO 15

### ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SUA PREVISÃO NA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA. EXTENSÃO, ALCANCE, METODOLOGIA E ANÁLISE CRÍTICA .....

		329
15.1	Introdução.....	329
15.2	Extensão e alcance da norma legal.....	330
15.3	Regulamento: início da vigência, metodologia, obrigatoriedade e dispensa .....	331
15.4	Críticas à AIR e possíveis respostas em sua defesa .....	333
15.5	Conclusão.....	334

## CAPÍTULO 16

### OS ATOS DE LIBERAÇÃO E O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO: ALGUNS LIMITES E POSSIBILIDADES.....

		337
16.1	Introdução.....	337
16.2	A ilegitimidade da inércia administrativa, a antiga busca por uma solução jurídica, e a efetividade do princípio da livre iniciativa .....	338
16.3	A que casos a norma se destina? .....	341
16.4	Como se forma, como se prova e como se desfaz o novo ato administrativo? .....	343
16.5	Encerramento .....	345

## PARTE V REGULAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

## CAPÍTULO 17

### INTRODUÇÃO: INOVAÇÕES DISRUPTIVAS E A DINÂMICA DAS MUDANÇAS REGULATÓRIAS NO BRASIL .....

		349
--	--	-----

## CAPÍTULO 18

### O CASO DOS SERVIÇOS *OVER THE TOP* (OTT). A DISRUPÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELEVISÃO PAGA E A INTERPRETAÇÃO DA LEI DO SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SEAC – LEI Nº 12.485/2011).....

		353
18.1	Introdução.....	353
18.2	O contexto e o objeto do debate: o mercado de telecomunicações e os serviços (disruptivos) <i>Over The Top</i> .....	355
18.3	Os serviços OTT e a lei do SEAC: opção legislativa de incidência da lei aos serviços de telecomunicações. Inadequação da transposição do marco regulatório do SEAC para os serviços OTT .....	360
18.3.1	O conceito de SeAC adotado na Lei nº 12.485/2011: opção expressa do legislador por caracterizá-lo como serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, tal como definido pela LGT. Interpretação semântica e sistemática do instituto .....	360

18.3.2	A racionalidade da Lei do SeAC: razões para a incidência da lei sobre os serviços de telecomunicações e os efeitos adversos da sua transposição para os serviços prestados por OTTs .....	366
18.3.3	A inovação como objetivo regulatório e a superação do <i>status quo</i> .....	369
18.4	O enquadramento jurídico dos serviços OTT como serviços de valor adicionado (SVA) e aplicação de internet. LGT e Marco Civil da Internet, em um ambiente de liberdade de iniciativa e promoção da inovação .....	372
18.4.1	Inovações disruptivas, lacunas regulatórias e modelos pré-existentes .....	372
18.4.2	A caracterização dos serviços OTT lineares como serviços de valor adicionado (SVA) e aplicações de internet.....	372
18.4.3	Os limites da competência da ANATEL. Assimetria regulatória condizente com a condição de SVA e de aplicações da internet .....	377
18.5	Conclusão.....	380

## CAPÍTULO 19

O FRETAMENTO COLABORATIVO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO (O CASO BUSER) .....		383
19.1	Introdução.....	383
19.2	A constituição econômica e o modelo de assimetria regulatória no setor do transporte coletivo de passageiros.....	384
19.3	A competição no mercado de transporte coletivo não é indesejada. Compatibilidade do regime de autorização com o modelo de Estado previsto na Constituição (art. 178 da CRFB).....	390
19.4	A Constituição em face da inovação e da economia compartilhada.....	394
19.5	Conclusão.....	399